

ano 14 - n. 58 | outubro/dezembro - 2014
Belo Horizonte | p. 1-296 | ISSN 1516-3210
A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional

**Revista de Direito
ADMINISTRATIVO
& CONSTITUCIONAL**

A&C

 **EDITORA
Fórum**

IPDA

Instituto Paranaense
de Direito Administrativo



© 2014 Editora Fórum Ltda.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Av. Afonso Pena, 2770 – 16ª andar – Funcionários – CEP 30130-007 – Belo Horizonte/MG – Brasil – Tel.: 0800 704 3737
www.editoraforum.com.br / E-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Impressa no Brasil / Printed in Brazil / Distribuída em todo o Território Nacional

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

A246 A&C : Revista de Direito Administrativo &
Constitucional. – ano 3, n. 11, (jan./mar.
2003) - . – Belo Horizonte: Fórum, 2003-

Trimestral
ISSN: 1516-3210

Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada
pela Editora Juruá em Curitiba

1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional.
I. Fórum.

CDD: 342
CDU: 342.9

Supervisão editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo
Revisão: Lourdes Nascimento
Capa: Igor Jamur
Projeto gráfico: Walter Santos
Diagramação: Bruno Lopes

Periódico classificado no Estrato B1 do Sistema Qualis da CAPES - Área: Direito.

Revista do Programa de Pós-graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar (Instituição de Pesquisa e Pós-Graduação), em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo (entidade associativa de âmbito regional filiada ao Instituto Brasileiro de Direito Administrativo).

A linha editorial da A&C – *Revista de Direito Administrativo & Constitucional* segue as diretrizes do Programa de Pós-Graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo. Procura divulgar as pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no direito comparado, com ênfase na questão da interação e efetividade dos seus institutos, notadamente América Latina e países europeus de cultura latina.

A publicação é decidida com base em pareceres, respeitando-se o anonimato tanto do autor quanto dos pareceristas (sistema *double-blind peer review*).

Desde o primeiro número da Revista, 75% dos artigos publicados (por volume anual) são de autores vinculados a pelo menos cinco instituições distintas do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar.

A partir do volume referente ao ano de 2008, pelo menos 15% dos artigos publicados são de autores filiados a instituições estrangeiras.

Esta publicação está catalogada em:

- Ulrich's Periodicals Directory
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)

A&C – *Revista de Direito Administrativo & Constitucional* realiza permuta com as seguintes publicações:

- *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo (USP), ISSN 0303-9838
- *Rivista Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, ISBN/EAN 978-88-348-9934-2

Diretor-Geral

Romeu Felipe Bacellar Filho

Diretor Editorial

Paulo Roberto Ferreira Motta

Editores Acadêmicos Responsáveis

Daniel Wunder Hachem

Ana Cláudia Finger

Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari (PUC-SP)	Justo J. Reyna (Universidad Nacional del Litoral – Argentina)
Adriana da Costa Ricardo Schier (Instituto Bacellar)	Juarez Freitas (UFRGS)
Alice Gonzalez Borges (UFBA)	Luís Enrique Chase Plate (Universidad Nacional de Asunción – Paraguai)
Carlos Ari Sundfeld (FGV-SP)	Marçal Justen Filho (UFPR)
Carlos Ayres Britto (UFSE)	Marcelo Figueiredo (PUC-SP)
Carlos Delpiazzi (Universidad de La República – Uruguai)	Márcio Cammarosano (PUC-SP)
Cármem Lúcia Antunes Rocha (PUC Minas)	Maria Cristina Cesar de Oliveira (UFPA)
Célio Heitor Guimarães (Instituto Bacellar)	Nelson Figueiredo (UFG)
Celso Antônio Bandeira de Mello (PUC-SP)	Otilon Borges Junior (UFES)
Clêmerston Merlin Clève (UFPR)	Pascual Caiella (Universidad de La Plata – Argentina)
Clovis Beznos (PUC-SP)	Paulo Eduardo Garrido Modesto (UFBA)
Edgar Chiuratto Guimarães (Instituto Bacellar)	Paulo Henrique Blasi (UFSC)
Emerson Gabardo (UFPR)	Pedro Paulo de Almeida Dutra (UFMG)
Enrique Silva Cimma (Universidad de Chile – Chile)	Regina Maria Macedo Nery Ferrari (UFPR)
Eros Roberto Grau (USP)	Rogério Gesta Leal (UNISC)
Irmgard Elena Lepenies (Universidad Nacional del Litoral – Argentina)	Rolando Pantoja Bauzá (Universidad Nacional de Chile – Chile)
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz (Universidad de La Coruña – Espanha)	Sergio Ferraz (PUC-Rio)
José Carlos Abraão (UEL)	Valmir Pontes Filho (UFCE)
José Eduardo Martins Cardoso (PUC-SP)	Weida Zancaner (PUC-SP)
José Luís Said (Universidad de Buenos Aires – Argentina)	Yara Stroppa (PUC-SP)
José Mario Serrate Paz (Universidad de Santa Cruz – Bolívia)	
Juan Pablo Cajarville Peluffo (Universidad de La República – Uruguai)	

Homenagem Especial

Guillermo Andrés Muñoz (*in memoriam*)
Jorge Luís Salomoni (*in memoriam*)
Julio Rodolfo Comadira (*in memoriam*)
Lúcia Valle Figueiredo (*in memoriam*)
Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (*in memoriam*)
Paulo Neves de Carvalho (*in memoriam*)

Un Derecho Administrativo para la inclusión social

Carlos F. Balbín

Profesor Titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Buenos Aires. Doctor en Derecho – Facultad de Derecho y Ciencias Sociales - Universidad de Buenos Aires (UBA). Especialista en Derecho Constitucional y Ciencias Políticas – Centro de Estudios Constitucionales (Madrid – España). Especialista en Derecho Administrativo y Administración Pública (UBA). Abogado – Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (UBA). Director de la Maestría y Especialización en Derecho Administrativo y Administración Pública de la UBA. Juez de Cámara por concurso público de oposición y antecedentes en la Cámara de Apelaciones del Fuero en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Resumen: El Derecho Administrativo, en el marco del Estado Social y Democrático de Derecho, debe ser pensado como un derecho de inclusión y no solo como un derecho de prevención y eventualmente reparación de los abusos o arbitrariedades estatales. El Doble Derecho satisface con mayor plenitud el reconocimiento de derechos en condiciones igualitarias porque el Derecho Privado persigue la recomposición de las desigualdades simplemente individuales y no las otras (plurales y estructurales). Es necesario, por tanto, cambiar el paradigma, pero sobre todo el modo de pensar y construir el Derecho Administrativo.

Palabras-clave: Derecho Administrativo. Inclusión social. Cambio de paradigmas.

Sumario: **1** Introducción – **2** Breve derrotero histórico del Derecho Administrativo. El porqué de su creación y su desarrollo en el Derecho Comparado – **3** El paradigma del Derecho Administrativo moderno – **4** El debate actual sobre el Derecho Único o el Doble Derecho en el marco de nuestro derecho – **5** Las doctrinas del Doble Derecho o el Derecho Único a partir del paradigma clásico del Derecho Administrativo – **6** El nuevo paradigma del Derecho Administrativo. Los avances inconclusos y la necesidad de su reformulación – **7** El fortalecimiento de la idea del Doble Derecho a partir del nuevo paradigma. La incidencia del nuevo paradigma en la construcción del Derecho Administrativo – **8** Conclusiones

1 Introducción

En los últimos tiempos, en el Derecho Comparado y, particularmente, en nuestro Derecho se reeditó fuertemente el debate sobre el sentido y la conveniencia de distinguir entre los subsistemas clásicos del sistema jurídico: Derecho Privado y Derecho Público. Ciertamente nuestro Derecho ha sido cultor de este criterio de distinción desde los programas de estudio de las Universidades, las regulaciones normativas, los fallos judiciales y las opiniones de los juristas, desde siempre.

Es posible sostener —en términos superficiales— que el Derecho Público se debe atar al Estado (sus actividades, sus funciones, sus estructuras y el factor humano) y, a su vez, debe irradiarse en las relaciones de éste con las personas. Por su parte, el Derecho Privado recae sobre los particulares y las situaciones entre éstos.

Sin embargo, es simple advertir que el Estado se rige en ciertos casos por el Derecho Privado, sin renunciar enteramente a los principios del Derecho Público, por ejemplo ciertos contratos celebrados por el Estado cuyo objeto es regulado por el Derecho Privado y que llamaremos Derecho Administrativo Privado.¹ De modo que el Derecho Administrativo Privado contiene reglas del Derecho Privado, pero está rodeado de reglas y, básicamente, principios del Derecho Público (derechos fundamentales; concepto de competencias; y principios de igualdad y proporcionalidad, entre otros). A su vez, los particulares se rigen por el Derecho Privado y, a veces, en parte por el Derecho Público en sus relaciones (entre otros, es el caso de los concesionarios de los servicios públicos y los usuarios de tales servicios). En síntesis, el subsistema de que se trate se integra con ciertos eslabones del otro subsistema, sin desdibujar su identidad.

El conflicto entre el Derecho Público/Privado es permanente, dinámico y complejo. Quizás uno de los capítulos en donde es posible advertir con mayor nitidez las rispideces y dificultades en el entrelazamiento de los subsistemas es en las formas de intervención del Estado en las actividades comerciales e industriales. Es decir, las empresas del Estado, las sociedades del Estado y las sociedades anónimas públicas creadas en los últimos años. Aquí vale recordar en términos paradigmáticos que, en ciertos casos, el legislador dice que las sociedades anónimas públicas se rigen por los principios y las reglas del Derecho Privado y que no debe aplicárseles —en ningún caso— los principios ni las reglas del Derecho Público. Este relato normativo reciente nos muestra claramente el conflicto casi permanente e irresoluble entre los subsistemas.

Conviene aclarar también que tales subsistemas constituyen bloques normativos con cierta autonomía —principios, reglas y criterios hermenéuticos propios²— y, por tanto, la aplicación de uno desplaza al otro.

Sin embargo, también interactúan integrándose por vía interpretativa. En particular, el bloque del Derecho Público se nutre en parte del Derecho Privado a través de técnicas hermenéuticas diversas (aplicación directa, subsidiaria o analógica). De todos modos, es simple advertir que el Derecho Privado no recurre a las reglas del

¹ SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, "La teoría general del derecho administrativo como sistema", Ediciones Jurídicas y Sociales, 2003, p. 299.

² Sobre las particularidades de la interpretación del derecho administrativo, puede consultarse BALBÍN, Carlos, "Manual de Derecho Administrativo", 2ª ed., Bs. As., La Ley, 2013, cap. 6.

Derecho Público con el objeto de integrarse por las vías interpretativas. Es decir, el Derecho Público aplica Derecho Privado (uno de los casos más emblemáticos es la construcción de la teoría dogmática de la responsabilidad estatal desde el art. 1112 del Código Civil); pero el Derecho Privado no recurre a las reglas del Derecho Público (por ejemplo, en caso de lagunas).

Pues bien, en el marco de este nuevo oleaje del Derecho Privado sobre el Derecho Público con el objeto de crear un solo Derecho o, al menos, una base común entre los subsistemas —más allá del marco constitucional—, cabe citar los siguientes ejemplos. Así, el primer hito es el anteproyecto del Código Civil y Comercial elaborado por la Comisión de Juristas y, luego, el proyecto de Código Civil y Comercial elevado por el Poder Ejecutivo al Congreso. El segundo hito es el proyecto de ley sobre la regulación de la responsabilidad del Estado con trámite parlamentario; y el tercer hito es la jurisprudencia de la Corte Suprema básicamente sobre la regulación de los tributos por las jurisdicciones locales (en particular, la regulación del plazo de prescripción de las acciones por los tributos locales).

Repasemos los proyectos sobre regulación de la responsabilidad del Estado federal, a título de ejemplo, entre los hitos marcados en el párrafo anterior.

El anteproyecto elaborado por la Comisión de Juristas establecía que la responsabilidad del Estado debía regirse por el Código Civil (Libro III. Título V. De otras fuentes de las obligaciones. Capítulo 1. Responsabilidad Civil. Sección 10. Supuestos de responsabilidades especiales).³ Luego, el proyecto elevado por el Poder Ejecutivo dispuso que “la responsabilidad del Estado se rige por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda.”⁴ Finalmente, el proyecto sobre regulación de la responsabilidad estatal —aprobado por la Cámara de Diputados— establece que “Esta ley rige la responsabilidad del Estado por los daños que su actividad o inactividad les produzca a los bienes o

³ Art. 1764. Responsabilidad del Estado. El Estado responde, objetivamente, por los daños causados por el ejercicio irregular de sus funciones, sin que sea necesario identificar a su autor. Para tales fines se debe apreciar la naturaleza de la actividad, los medios de que dispone el servicio, el lazo que une a la víctima con el servicio y el grado de previsibilidad del daño. Art. 1765. Responsabilidad del funcionario y empleado público. El funcionario o empleado público es responsable por los daños causados a los particulares por acciones u omisiones que implican el ejercicio irregular de su cargo. Las responsabilidades del funcionario o empleado público y del Estado son concurrentes. Art. 1766. Responsabilidad del Estado por actividad lícita. El Estado responde, objetivamente, por los daños derivados de sus actos lícitos que sacrifican intereses de los particulares con desigual reparto de las cargas públicas. La responsabilidad sólo comprende el resarcimiento del daño emergente; pero, sí es afectada la continuación de una actividad, incluye la compensación del valor de las inversiones no amortizadas, en cuanto haya sido razonables para su giro.

⁴ Art. 1764. Inaplicabilidad de normas. Las disposiciones de este Título no son aplicables a la responsabilidad del Estado ni de manera directa, ni subsidiaria. Art. 1765. Responsabilidad del Estado. La responsabilidad del Estado se rige por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda. Art. 1766. Responsabilidad del funcionario y del empleado público. Los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas, se rige por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda”.

derechos de las personas. La responsabilidad del Estado es objetiva y directa. Las disposiciones del Código Civil no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria...”.⁵

En síntesis, es posible afirmar que el anteproyecto del Código se apoya en la idea de un Derecho Único o de base común y, por su parte, los proyectos del Poder Ejecutivo siguen el camino del Doble Derecho (es decir, dos subsistemas autónomos).

Quizás, en términos simples pero didácticos, es plausible recrear en el plano teórico tres modelos sobre el esquema Derecho Público/Privado, sin dejar de advertir que los sistemas jurídicos son más complejos. Sin embargo, más que enredarnos en los vericuetos de los sistemas jurídicos, nos proponemos aquí privilegiar el debate sobre las ideas.

Primer modelo: dos bloques o subsistemas (Derecho Público por un lado, y Derecho Privado por el otro, por supuesto, ambos anclados en el Derecho Constitucional).

Segundo modelo: un solo bloque (Derecho común).

Tercer modelo: una base común (preferentemente de Derecho Privado y de desarrollo por debajo de la Constitución) y, luego, ramificaciones varias (entre ellas, el Derecho Administrativo). Así, es posible interpretar que existe un derecho común (más allá, claro, del Derecho Constitucional) y que, tras éste, nacen dos subsistemas jurídicos, el Derecho Civil y el Derecho Administrativo. El Derecho Común puede ser desarrollado en el contexto del Código Civil o en otros instrumentos jurídicos porque en verdad ese tronco común excede al Derecho Civil. Otro criterio es creer que el Derecho Civil es el derecho común y que, por tanto, el Derecho Administrativo debe apoyarse en él (léase el Código Civil y sus leyes complementarias).

En nuestro criterio el debate jurídico en el país está centrado entre el primer y el tercer modelos.⁶

Antes de abandonar este capítulo introductorio es necesario completarlo con dos cuestiones que creemos relevantes y que es necesario incorporar en el debate propuesto. Por un lado, el Doble Derecho nos lleva a la encrucijada de distinguir entre normas del Derecho Público y Privado. Evidentemente el Código Civil es Derecho Privado y las leyes sobre procedimientos administrativos o contrataciones del Estado son ejemplos clásicos de reglas del Derecho Público. Pero, ¿qué ocurre con las leyes ambientales, de educación, salud, consumo o usuarios? ¿Cuál es, entonces, el criterio sustancial que nos permite distinguir entre unas y otras y, consecuentemente, encuadrar las situaciones jurídicas?

Por el otro, el modelo jurídico (Derecho Único/Doble Derecho) se entrecruza —entre nosotros— con el reparto territorial del poder, pues el Congreso federal

⁵ Art. 1º.

⁶ Ver CASSAGNE, Juan Carlos, “Derecho Administrativo”, 8ª ed., Bs. As., Abeledo Perrot, 2006, t. I, p. 50 y siguientes.

es el poder competente para regular el Derecho Civil o común y, por su parte, el Derecho Administrativo debe ser reglado por las jurisdicciones locales (legislaturas provinciales) y el Estado federal (Congreso federal). De modo que si reconocemos un Derecho Único o de base común, interviene pues el Estado federal y si, por el contrario, el Derecho es doble, entonces, surge el poder concurrente del Estado federal y los Estados provinciales. Así, si seguimos con el ejemplo anterior (la regulación de la responsabilidad estatal) y siempre interpretando que es Derecho Administrativo (esto es, Doble Derecho), entonces, su dictado le compete al Estado federal (responsabilidad del Estado central) y a las Provincias (responsabilidad de los Estados provinciales). Por el contrario, si es Derecho Único (al menos en sus bases), debe ser regulado por el Congreso federal. En efecto, el modelo único permite construir un solo Derecho, sin perjuicio de ciertos matices propios y menores del Derecho Administrativo. Así, el tronco común es regulado por el Estado Central, sin perjuicio del poder de los Estados locales de dictar los detalles. Insistimos, si seguimos el modelo del Derecho Único, el Estado Federal —a través básicamente del Congreso Nacional— debe regular las bases del Derecho Administrativo Federal y local (llamado en este contexto Derecho Común o Derecho Civil) y, por su parte, las Provincias sus detalles (Derecho Administrativo propiamente dicho y, por tanto, Derecho local).

Volvamos sobre la idea del Derecho Administrativo como conocimiento autónomo del Derecho Privado. Pues bien, si aceptamos el Doble Derecho y, por tanto, el Derecho Administrativo, cabe preguntarnos: ¿cuál es el contenido de este bloque jurídico? ¿Cuáles son las piezas que lo componen? ¿Cuál es la relación entre este bloque y los otros bloques jurídicos —por caso, el Derecho Civil y el Derecho Administrativo Provincial? ¿Cuáles son los principios del Derecho Administrativo y su método hermenéutico?

Pero quizás el aspecto sustancial y más relevante es el sentido de distinguir entre estos dos subsistemas; esto es, el porqué del Derecho Administrativo. Comencemos pues por el origen del Derecho Administrativo y su sentido primigenio.

2 Breve derrotero histórico del Derecho Administrativo. El porqué de su creación y su desarrollo en el Derecho Comparado

En el marco de un análisis histórico sobre la creación del Derecho Administrativo en el Derecho Comparado —orígenes y justificación— debemos señalar brevemente que nuestro historiadores del Derecho señalan como antecedente a las denominadas “ciencias de la policía”, desarrolladas durante los siglos XVII y XVIII. Sin embargo, es en el ocaso del siglo XVIII —tras la Revolución Francesa— que este conocimiento

(llamado Derecho Administrativo) adquiere un contenido más cierto, preciso, quizás de carácter científico y, además, autónomo del Derecho Privado.

En otros términos, si bien es cierto que sus bases y contenido mínimo pueden vislumbrarse en las sombras de los siglos XVI y XVIII, es solo a finales del siglo XVIII en donde este Derecho irrumpe con tonalidad y vigor propios.

Más allá de las pinceladas históricas, cabe preguntarse sobre las bases de ese nuevo Derecho. Por un lado, este Derecho se apoyó en las ideas de los pensadores en ese entonces contemporáneos, esto es: el poder del pueblo y el principio de la división de poderes.⁷ Por el otro, se vio fuertemente influido por las necesidades de los revolucionarios, es decir, el fortalecimiento del Poder Ejecutivo. Pues bien, el encuentro entre estas dos fuerzas —quizás contradictorias— condujo al siguiente escenario institucional: a) la centralidad del Poder Ejecutivo por medio del reconocimiento del poder reglamentario; b) la supremacía de la ley; c) la idea de Constitución —aunque con un cariz más programático que normativo— y d) la división de poderes —en términos más rígidos que flexibles—.

Este rompecabezas del poder tras el proceso revolucionario, debe completarse con otras dos piezas centrales. Por un lado, la prohibición a los jueces de controlar los actos del Poder Ejecutivo. Piénsese, por ejemplo, en la Ley 16 del año 1790 que prohibía expresamente el control de los actos de la Administración Pública por los jueces y —a su vez— el Código Penal, sancionado un año después (1791), que reprimía penalmente la intromisión del Poder Judicial sobre la Administración Pública. Pues bien, en este contexto los revolucionarios debieron resolver cómo controlar al Poder Ejecutivo y contestaron este interrogante en los siguientes términos: el Poder Ejecutivo debe ser controlado por sus propios miembros (Ministros). Es decir, aquí el ejercicio del poder jurisdiccional es retenido por el poder controlado (Poder Ejecutivo). Luego, los revolucionarios crearon un órgano específico de control llamado Consejo de Estado (central) y, asimismo, los Consejos de Prefectura (departamentales), en ambos casos alrededor del año 1800.

Por el otro, la creación de un Derecho propio —capaz de regular las conductas del Poder Ejecutivo— con el reconocimiento de poderes especiales, distanciándose así del Derecho Privado y clásico. En efecto, en el año 1806 los revolucionarios instauraron la Sala en lo Contencioso —en el seno del Consejo de Estado—. Desde entonces en el modelo francés se debe distinguir entre varios órdenes jurisdiccionales, en particular, el orden judicial por un lado, y el contencioso por el otro.⁸ El poder

⁷ LOCKE, John. Segundo Tratado sobre el gobierno civil, Ladosur, 2002. MONTESQUIEU, El espíritu de las Leyes, 7 ed., Heliasta, 2005. ROUSSEAU, Jean Jacques, El contrato social o principios del derecho político, 2 ed., Perrot, 1961.

⁸ Asimismo, los conflictos de competencias entre los distintos órdenes jurisdiccionales se resuelven por el Tribunal de conflictos.

jurisdiccional contencioso (básicamente el Consejo de Estado) construyó luego el Derecho Administrativo moderno.⁹

Una de las corrientes de pensamiento más importantes en ese entonces fue la Escuela de Burdeos¹⁰ que se apoyó en el caso “Blanco” resuelto por el Tribunal de Conflictos (órgano competente para dirimir las contiendas de competencia entre la jurisdicción judicial y la administrativa) y desde allí comenzó a construir las bases del Derecho Administrativo moderno sobre la idea del servicio público.¹¹ En este precedente el Tribunal sostuvo que “la responsabilidad que le puede corresponder al Estado, en razón de los daños causados a los particulares por sus empleados, en la prestación de los servicios públicos, no se rige por los principios consagrados en los arts. 1382 y siguientes del Código Civil... Cabe por lo tanto a la autoridad administrativa conocer y valorar tal responsabilidad, y no a los tribunales ordinarios.”

Luego de los aportes de L. DUGUIT (Escuela de Burdeos) es G. JEZE quien define claramente al Derecho Administrativo como el conjunto de reglas jurídicas y procedimientos propios y específicos de Derecho Público y en sentido complementario con las ideas de aquél.

Sin embargo, este intento de construcción dogmática del Derecho Administrativo sobre la base de los servicios públicos fue luego desvirtuado en parte por el propio Consejo de Estado. En efecto en el precedente “Sociedad Comercial del Oeste Africano” (1921),¹² el Consejo resolvió aplicar las reglas del Derecho Privado con el propósito de resolver el conflicto planteado entre el ente estatal (Sociedad Comercial) y los comerciantes particulares. En definitiva, el modelo (Estado, Servicio Público, Derecho Administrativo) comenzó a agrietarse por varias razones. Por un lado, se reconoció a los particulares la posibilidad de colaborar en la prestación de los servicios públicos. Por el otro, el Consejo aplicó derecho privado sobre parte de los servicios públicos. Esto último ocurrió básicamente a través de la intervención estatal y las nacionalizaciones (incorporación de los servicios industriales y comerciales) y, a su vez, por el reconocimiento de los servicios públicos sociales como actividad estatal. En suma: el concepto de servicio público como idea dominante debió ser

⁹ Cabe citar aquí los antecedentes “Rosthschild vs. Larcher et Administration des Postes”; “Carcassonne” y “Bandry vs. Ministre de la Guerre”, de los años 1855, 1858 y 1861, respectivamente. Ver especialmente el arrét Blanco (1873). Sobre la evolución del sistema contencioso francés ver TAWIL, Guido, “La reforma del contencioso-administrativo francés” en “Estudios de Derecho Administrativo”, Bs. As., Abeledo Perrot, 2012, p. 599 y siguientes. A su vez, sobre los distintos sistemas contencioso-administrativos pueden consultarse GARCÍA PULLÉS, Fernando, “Tratado de lo contencioso administrativo”, Bs. As., Hammurabi, 2004, t. 1, MAIRAL, Héctor, “Control judicial de la Administración Pública”, Bs. As., Depalma, 1984 y MARCER, Ernesto, “Demandas contra el Estado”, 2ª ed., Bs. As., Ad hoc, 2013, p. 31 y siguientes.

¹⁰ DUGUIT, Leon “Lessons de droit public general”, 1926. JEZE, Gastón “Los principios generales del derecho administrativo”, Madrid, 1958.

¹¹ Según Rivero, las características del concepto de servicio público en Francia son las siguientes: “La primera, que el servicio público corresponde a la satisfacción de una necesidad de interés general. La segunda, que el servicio público, directa o indirectamente, depende en última instancia de una autoridad pública”. RIVERO, Jean, Derecho Administrativo, p. 471.

¹² Arret Bac d’Eloka (Coted Ivoire vs. Societé Commerciales de l’Osuest Africain).

reemplazado por otras categorías jurídicas por cuanto ya no fue posible reconducir el Derecho Público a las estrechas aguas del servicio público. En efecto, el servicio público solo comprende —en el Derecho actual— ciertas actividades estatales.¹³

Otros autores —en tiempos contemporáneos a la Escuela de Burdeos— construyeron el Derecho Administrativo desde el pilar del poder y sus potestades excepcionales (es decir, los medios exorbitantes del Estado y no los fines públicos que éste dice seguir).¹⁴ El aspecto más sobresaliente ha sido el poder de la Administración de ejecutar sus decisiones por sí misma, sin intervención de terceros. Conviene quizás recordar que tales prerrogativas son de carácter sustancial (modificación unilateral de los contratos) o formal (cumplimiento compulsivo de sus decisiones sobre terceros). Sin embargo, los puntos críticos sobre la doctrina de las prerrogativas exorbitantes son varios. Por caso, el Estado debe justificar este poder extraordinario; el Estado a veces se rige por reglas comunes que prescinden de esos medios excepcionales y, en el escenario jurídico actual, tales prerrogativas están fuertemente limitadas.

Por último, cabe remarcar que el Derecho Administrativo hizo otro aporte sumamente significativo en la construcción del Estado de Derecho, esto es, el reconocimiento del derecho objetivo y particularmente los derechos subjetivos.¹⁵ Es decir, el apoderamiento de los derechos por los ciudadanos ante el Estado.

El Derecho francés impactó fuertemente en los otros países europeos continentales, pero —a veces— con una salvedad relevante en el diseño institucional. En efecto, el control del Poder Ejecutivo se atribuyó a los jueces (esto es, al orden jurisdiccional judicial), sin perjuicio de la creación de tribunales judiciales especializados en Derecho Administrativo. De modo que se aceptó la creación de un derecho especial (Derecho Administrativo), pero su aplicación en términos de control y revisión, se le atribuyó al Poder Judicial (jurisdicción judicial) y no al propio Poder Ejecutivo (jurisdicción administrativa retenida) ni a otros órganos administrativos (jurisdicción administrativa delegada).

Desde entonces el Derecho Administrativo fue reconstruyéndose permanentemente desde otras bases alternativas con el objeto de conservar y acrecentar su carácter autónomo frente al Derecho Privado.¹⁶

¹³ Sobre la evolución del concepto de servicio público ver BALBÍN, Carlos, "Tratado de Derecho Administrativo", Bs. As., La Ley, 2011, t. II, p. 612 y siguientes.

¹⁴ HAURIOU, Maurice, "Précis de droit administratif", 1927 y "Obra escogida", Madrid, 1976.

¹⁵ Este distingo entre derechos objetivos y subjetivos se tradujo luego en los medios de impugnación de las decisiones estatales.

¹⁶ "A finales del siglo XIX el método de la Ciencia del Estado fue reemplazado por el denominado método jurídico, según el cual no sólo debían recopilarse y valorarse las normas jurídicas existentes sino también —y sobre todo— construirse los conceptos generales e identificarse los aspectos y estructuras comunes del Derecho administrativo. Con ello nació la parte general del Derecho Administrativo. Esta nueva senda se inició en 1895/1896 con la publicación del manual de Otto Mayer, que contiene la exposición clásica del Derecho Administrativo el Estado de Derecho liberal. Su principal objetivo es la sujeción de la actividad administrativa de intervención a los límites propios del Estado de Derecho, valiéndose para ello de los institutos de la reserva de ley y del acto administrativo." MAURER, Hartmut, Derecho Administrativo. Parte General, Ediciones Jurídicas y Sociales, p. 64, 2011.

La necesidad de adaptación de nuestro conocimiento a través de los tiempos debe estudiarse desde las perspectivas evolutivas del Estado de Derecho, el Estado Social de Derecho y, por supuesto, el Estado Social y Democrático de Derecho. Cabe entonces preguntarse cómo impactó el Estado de Derecho, el Estado Social y el Estado Democrático en el contenido y sentido del Derecho Administrativo. Cabe agregar que el Estado de Derecho solo comprende el principio de división de poderes, legalidad, respeto por los derechos fundamentales y control judicial. Por su parte el Estado Social introdujo el reconocimiento de los derechos sociales y nuevos derechos y, por último, el Estado Democrático incorporó las ideas de legitimidad democrática del poder, participación y consenso.

Por caso, y solo a título de ejemplo, vale citar los siguientes paradigmas como base del Derecho Administrativo en su proceso evolutivo: la teoría de las funciones administrativas¹⁷ —criterios orgánicos, materiales o mixtos¹⁸—; el fin público¹⁹ —emparentado con la idea clásica del servicio público u otros más modernos como el de los fines estatales, el bienestar general o el de la procura existencial,²⁰ entre otros—; el criterio de autoridad —relación de superioridad entre el Estado y los particulares, el Estado como sujeto revestido de autoridad, los poderes exorbitantes²¹—; la teoría de la competencia jurisdiccional; la razón de la cultura jurídica y, por último, el criterio normativo. Como es simple advertir luego de este breve recorrido, ciertos criterios son simplemente formales (por ej. el órgano ante el que debe residenciarse el conflicto) y otros evidentemente sustanciales (por caso, el interés público).

Creemos que la directriz de las funciones administrativas (objeto y sentido del Derecho Administrativo) sin más aditamentos, es propio del Estado de Derecho y, por tanto, insuficiente en el marco del Estado Social y Democrático de Derecho. En conclusión, es necesario entrelazar la idea de las funciones administrativas con otros conceptos. ¿Cuáles? El reconocimiento de derechos, tal como veremos más adelante.

¹⁷ Cabe citar aquí, entre muchos, a: BENVENUTI, Feliciano, "Appunti di diritto amministrativo. Parte general", Padova, CEDAM, 1987; GIANNINI, Massimo, "Derecho Administrativo", Madrid, MAP, 1991; GARRIDO FALLA, Fernando, "Tratado de Derecho Administrativo", Madrid, Tecnos, 1994; GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo - FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, "Curso de Derecho Administrativo"; ciertamente con matices bastantes marcados.

¹⁸ BALBIN, Carlos, "Tratado...", citado. Sobre la clasificación de las funciones administrativas ver GORDILLO, Agustín, "Tratado de Derecho Administrativo", 10ª ed., Bs. As., F.D.A., 2009, cap. X.

¹⁹ Ver, entre otros, JELLINEK, Georg, "Teoría general del Estado", México, Fondo de Cultura Económica, 2011, y V.

²⁰ "E. Forsthoﬀ se enfrenta a esa menesterosidad social, atribuyendo al Estado y, más especialmente, a la administración la responsabilidad de asegurar las condiciones de vida de los individuos y compensar la reducción del espacio vital que dominan personalmente, con títulos genéricamente dominicales, y que tan íntimamente se vincula con su autonomía y hasta la constituye. Esa función del Estado la designa Forsthoﬀ con una palabra por él acuñada y que, en alemán y en sus traducciones a otros idiomas, tanta fortuna ha hecho: la 'Daseinsvorsorge', que ocupa un papel central en su teoría del Estado y en su concepción del derecho administrativo. En español, la fórmula de 'procura existencial' ha acabado finalmente por imponerse frente a toda una larga serie de vacilaciones". FORSTHOFF, Ernst, "El Estado de la sociedad industrial. El modelo de la República Federal de Alemania", transcripción del prólogo elaborado por Jaime Nicolás Muñiz y Luis López Guerra.

²¹ BACHOF, Otto, "Jueces y Constitución", Madrid, Civitas, 1985.

Finalmente, el Derecho Anglosajón es presentado como un modelo alternativo.²² En los textos clásicos se dice que éste es un sistema sin privilegios ni tribunales especiales. Pues, entonces, el Derecho Administrativo (tal como ha sido concebido por los legisladores y juristas europeos continentales) es allí inexistente. Así, el Doble Derecho debe subsumirse en el Derecho Único. Sin embargo, este concepto es relativo. Piénsese en los siguientes elementos propios del modelo jurídico anglosajón y su carácter disonante con el concepto de un solo Derecho, por caso: a) los órganos administrativos con funciones jurisdiccionales; b) la legislación delegada por el Parlamento en el Poder Ejecutivo, y c) las normas regulatorias especiales sobre las actividades del Estado.

Por último, el Derecho Administrativo latinoamericano, y en particular, el nuestro son básicamente cultores del Derecho continental europeo.²³

Este breve derrotero histórico nos permite concluir que el Derecho Administrativo ha sido construido como un subsistema autónomo y —a su vez— advertir sobre el fuerte influjo del Derecho Privado sobre aquél desde dos cauces complementarios y fuertemente caudalosos. Por un lado, los principios, reglas e institutos del Derecho Privado (por ejemplo, la idea de la personalidad jurídica y la teoría del acto jurídico, entre tantas otras) y, por el otro, las técnicas de ordenación, interpretación y sistematización del Derecho Privado (esto es, el método dogmático del Derecho Privado). Por eso, quizás, el proceso evolutivo esté siempre repleto de marchas, confusiones y contramarchas.

3 El paradigma del Derecho Administrativo moderno

El relato histórico que hemos desarrollado en el punto anterior —ciertamente breve y arbitrario— nos permite asimismo —de ahí el porqué de su incorporación— desembocar en el paradigma del Derecho Administrativo del siglo XX.

Me permito aquí citar textualmente: “La Administración Pública, que, como hemos visto, asume el servicio objetivo de los intereses generales,..., dispone para ello de un elenco de potestades exorbitantes del Derecho común, de un cuadro de poderes de actuación de los que no disfrutaban los sujetos privados.” Y agrega, el Estado por ejemplo “puede crear, modificar o extinguir derechos por su sola voluntad mediante actos unilaterales... e, incluso, ejecutar de oficio por procedimientos extraordinarios sus propias decisiones...”.

²² DICEY, A. V., “Introduction to the Study of the Law of the Constitution”, 10ª ed., Londres, Macmillan, 1959.

²³ Entre nosotros y desde el período virreinal es posible advertir vestigios de Derecho Público. A su vez, el control de los actos estatales (por ejemplo, las decisiones del Virrey) le cupo a la Real Audiencia —salvo las cuestiones vinculadas a la hacienda pública—. Ya en el siglo XX cabe citar, entre otros, ciertos precedentes judiciales que reforzaron ese camino propio y divergente del Derecho Privado.

“Por otra parte, el Derecho Administrativo coloca, junto a los privilegios, las garantías.”

Y, finalmente, concluye: “El Derecho Administrativo, como Derecho propio y específico de las Administraciones Públicas, está hecho, pues, de un equilibrio (por supuesto, difícil, pero posible) entre privilegios y garantías. En último término todos los problemas jurídico-administrativos consisten —y esto conviene tenerlo bien presente— en buscar ese equilibrio, asegurarlo cuando se ha encontrado y reconstruirlo cuando se ha perdido”.²⁴

En otros términos, “el Derecho público, sobre todo sus partes más importantes (el Derecho del Estado y el Derecho administrativo), tiene por objeto al Estado como sujeto revestido de autoridad y sirve para fundamentar y limitar sus prerrogativas”.²⁵

En síntesis, el criterio básico es el de: poder vs derechos. Es más, el equilibrio (objeto propio del Derecho Administrativo) supone reconducir el conflicto en términos de más derechos y, por tanto, menos poder.²⁶ Nos preguntamos, entonces, ¿cuál es el mejor Derecho Administrativo bajo este paradigma?, pues bien, insistimos, aquel que sea capaz de reconocer más derechos y, como corolario consecuente, recortar más poder.

4 El debate actual sobre el Derecho Único o el Doble Derecho en el marco de nuestro derecho

Volvamos sobre el debate entre el Derecho Único o el Doble Derecho en nuestros días y entre nosotros.

4.1 El sentido de distinguir entre dos derechos (subsistemas)

Pues bien, ¿cuál es el sentido de distinguir entre dos derechos? Las respuestas posibles entre nosotros son varias:

1. El poder de regulación competente (distribuido entre el Estado Federal y las Provincias);
2. el juez competente con el objeto de resolver los conflictos que se susciten en la aplicación de las normas (jueces ordinarios o, en su caso, contencioso administrativos);
3. los criterios hermenéuticos y los principios a aplicar (pautas propias y específicas del Derecho Administrativo y, por tanto, diferentes del Derecho Privado); y

²⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo - FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, “Curso de Derecho Administrativo”, t. I, 1ª ed. argentina, 2006, ps. 51/53.

²⁵ MAURER, Hartmut, “Derecho Administrativo. Parte general”, Ed. Ediciones jurídicas y sociales, p. 83, 2011.

²⁶ Ver BALBÍN, Carlos, “Tratado...”, cit., t. I, p. 319 y siguientes.

4. el reconocimiento de potestades estatales (en particular, privilegios y prerrogativas) por tratarse de normas de Derecho Público distinguiéndose así del Derecho Privado y, más específicamente, otorgándoles validez al ubicarlas en el campo del Derecho Público.

Creemos que en nuestro modelo, la distinción entre Derecho Público y Derecho Privado reside históricamente en el poder de regulación territorial; el juez competente —especializado en Derecho Público o Privado—; los principios y criterios hermenéuticos y, finalmente, la validez de ciertas cláusulas (privilegios).

Es decir, si definimos a ciertas normas como propias del Derecho Público, entonces, las consecuencias son el poder de regulación federal o provincial según el caso, el juez competente (contencioso administrativo); los criterios interpretativos —básicamente los principios del Derecho Administrativo y las técnicas específicas, por ejemplo, la analogía de segundo grado²⁷— y la validez de cláusulas que llamaremos exorbitantes por exceder y transgredir el modelo del Derecho Privado.

A su vez, el modelo del Derecho Único o del Doble Derecho incide también en otro aspecto. Así, cuando intentemos definir el bloque o subsistema de Derecho Administrativo (es decir, el material jurídico propio) debemos saber claramente qué normas son de Derecho Administrativo. Por caso, si las normas sobre prescripción de los tributos locales (provinciales) son parte del Derecho Civil, entonces, no integran la pirámide del Derecho Administrativo y solo es posible aplicarlas en el Derecho Administrativo por medio de técnicas hermenéuticas específicas (aplicación subsidiaria o analógica de segundo grado). Por el contrario, si forman parte de las bases comunes del Derecho, entonces, se aplican directamente en el Derecho Administrativo porque son piezas jurídicas ubicadas en sus propias bases. En efecto, si se interpreta que ciertas disposiciones del Código Civil o del Derecho Civil son parte de ese Derecho Común y, por tanto, del Derecho Administrativo, entonces no es necesario traerlas a nuestro campo de conocimiento a través de técnicas hermenéuticas, tales como la subsidiariedad o la analogía. Distinto es el caso si se entendiese que el objeto a regular es propio del Derecho Administrativo y que éste no lo hizo, en cuyo supuesto debemos recurrir al Derecho Civil, matizarlo y traerlo al Derecho Administrativo de modo analógico —de segundo grado— o subsidiario.²⁸

²⁷ La analogía de segundo grado se da cuando, frente a la ausencia de normas de Derecho Público, se recurre al Derecho Privado. En este caso, el operador jurídico debe primero identificar la similitud entre el caso no previsto y el caso previsto por las normas del Derecho privado y, luego, adaptar la solución jurídica según los principios del Derecho Administrativo (conf. BALBÍN, Carlos, "Tratado...", cit. , t. I, p. 313).

²⁸ Otra idea que debe pensarse es la posibilidad —en términos de rediseño institucional y, por tanto, de reforma constitucional— de reconocer (léase transferir por parte de las Provincias) al Estado Federal el poder de fijar las bases del Derecho Administrativo.

4.2 Los fundamentos del Doble Derecho

Este es el criterio que se ha seguido mayoritariamente entre los operadores jurídicos.²⁹ Veamos los fundamentos.

- a) Las Provincias conservan el poder no delegado a la Nación. Entre los poderes reservados y no delegados por las Provincias en el Estado federal, según el art. 121, Constitución Nacional, encontramos el de dictar las normas de derecho administrativo. Por eso, el Derecho Administrativo tiene naturaleza eminentemente local.
- b) El fundamento del Derecho Administrativo es sustancialmente distinto del Derecho Privado. Así, el Derecho Administrativo se apoya en el principio del interés público. Pues bien, el Derecho Privado debe centrarse en el interés privado y el Derecho Administrativo en el interés público.³⁰ Otro criterio plausible es: el Derecho Administrativo parte del criterio de subordinación (entre el Estado y los particulares, por ello sus instrumentos básicos son los reglamentos y los actos, con poderes especiales de decisión y ejecución) y el Derecho Privado se construye desde el principio de la igualdad (por eso el instrumento emblemático en su desarrollo es el contrato que nace de la voluntad y el consenso entre las partes). Ciertamente es que ante la insuficiencia de estas teorías dogmáticas se ha propuesto sumarlas, o lisa y llanamente aplicar unas u otras según las circunstancias del caso.
- c) La intensidad del ordenamiento respecto de la regulación de los derechos. Así, el Derecho Privado establece simplemente un marco —límites externos—, salvo casos excepcionales de regulación y protección especial (por ejemplo, en el caso de los consumidores). Es decir, el Derecho Privado habitualmente regula el modo de componer el conflicto entre los derechos y ciertas pautas básicas respecto del alcance de éstos. Pero, en cualquier caso, también persigue intereses públicos. Por el contrario, el Derecho Público es por regla marco y contenido, es decir, regula las situaciones jurídicas con mayor intensidad y profundidad. A su vez, el Estado debe justificar la aplicación de las reglas de Derecho Público (es decir, procedimiento, organización, contenido y justificación de éste); en el Derecho Privado no es así. En

²⁹ PIZARRO, Ramón, La responsabilidad patrimonial del Estado y las normas de derecho público provincial, LL C2011, p. 1159.

³⁰ SAID, José Luis, Responsabilidad del Estado y Justicia distributiva. XXXIV Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo, RAP, p. 45 y siguientes. Dice este autor que: “lo que parece difícil de soportar para cualquier hacienda pública es un sistema como el que pretende parte de nuestra doctrina: responsabilidad objetiva con reparación integral de daños... El impacto sobre las finanzas públicas es uno de los aspectos que no puede ser ajeno a la construcción teórica de la responsabilidad del Estado. Pero tampoco puede dejarse de lado que la responsabilidad del Estado es una de las técnicas de garantía de los derechos de los ciudadanos, pero no la única, y por ello debe efectuarse una visión general del sistema.” De todos modos el análisis sigue centrado en el derecho individual y cómo éste repercute en los fondos públicos. Así, la “aplicación directa (del Código Civil) que pierde de vista la diferencia sustancial que reside en disponer una reparación con fondos privados bajo pautas conmutativas o hacerlo con fondos públicos que exigen considerar criterios distributivos.”

síntesis, el Derecho Público regula el modo y contenido de la resolución del conflicto entre derechos.

- d) El propio criterio de la Corte Suprema de Justicia en sus precedentes más recientes. Si bien en un principio la Corte sostuvo que la responsabilidad de los Estados provinciales es asunto civil —y consecuentemente admitió su competencia originaria en demandas iniciadas por vecinos de otras provincias—, luego y más recientemente modificó su criterio en el caso “Barreto”. Aquí, afirmó que los casos en que se discute la responsabilidad estatal están alcanzados por el Derecho Administrativo que es propio de las Provincias (poder regulatorio) y, por tanto, el pleito debe ser resuelto por los jueces locales (poder de resolución).
- e) El principio de la normatividad. Las Constituciones Provinciales y la legislación federal y provincial reconocen el Doble Derecho y, además, el carácter local del Derecho Administrativo.
- f) Otros criterios. El poder regulatorio competente (en verdad éste es una consecuencia jurídica y no el fundamento, pues evidentemente no sirve como base de justificación en razón de su carácter circular); las materias relevantes (es decir, éstas son propias del Derecho Público) y el respeto por la cultura jurídica que, desde siempre, nos condujo por el camino de los dos subsistemas, entre otras.

4.3 Las dificultades en la construcción del Doble Derecho

Es evidente que ciertos temas son propios del Derecho Civil y otros claramente del Derecho Administrativo, pero existen zonas de penumbras (casos oscuros) en que es más difícil distinguir entre el Derecho Público y Privado.

Por ejemplo, es posible que entre las normas del Derecho Privado (por ejemplo, el Código Civil) se incorporen reglas del Derecho Público (por caso, el art. 2340, Cód. Civil sobre el régimen de los bienes del dominio público; el art. 1502, Cód. Civil, sobre arrendamiento de bienes nacionales o provinciales y el art. 2611, Cód. Civil, sobre restricciones al dominio privado por razones de interés público, entre otros), pero no por ello debe interpretarse que se trata de normas del Derecho Común o Privado.³¹

³¹ Ver “Provincia de La Pampa c. Provincia de Mendoza”. Allí el Tribunal sostuvo que “en nuestra legislación los ríos, sean navegables o no, forman parte del dominio público nacional o provincial (art. 2340, inc. 3, del Código Civil) y que, por tal condición, se encuentran sometidos a él y fuera del ámbito del definido como privado.” CSJN, sent. del 3 de diciembre de 1987. Ver también “Campo del Cielo S.R.L. c/ Provincia del Chaco”. ROSATTI, Horacio. Los bienes del dominio público reivindicados desde el derecho público: el caso “Meteorito del Chaco”. LL 2008-B. 393. En este precedente la Corte sostuvo que “sin perjuicio de que los meteoritos puedan ser considerados bienes del dominio público en los términos del art. 2340 del Código Civil —norma cuyo alcance e interpretación corresponde determinar a los jueces de la causa, en tanto constituye una cuestión de derecho común ajena, como regla a la revisión por la vía del recurso extraordinario—, corresponde revocar la sentencia apelada en tanto el a quo sustentó su decisión en una errónea interpretación del art. 124 de la Constitución Nacional”, sent. del 24 de mayo de 2011.

El punto crítico sigue siendo, entonces, cómo delinear estos dos campos del conocimiento jurídico en el contexto del doble derecho. Según nuestro criterio, las normas de Derecho Administrativo son aquellas que tienen por objeto regular las funciones administrativas, sin limitaciones del llamado Derecho Común o Civil.

Aquí debemos recurrir entonces a la definición del Derecho Administrativo que es el pivote central de este trabajo y nos sirve de guía o instrumento básico. Luego volveremos sobre estas ideas.

4.4 Los argumentos a favor del Derecho Único

- a) La distinción entre derecho privado/público es artificial.³² Es decir, no existe una razón sustancial de diferenciación sino simplemente formal (poder competente para regular uno u otro, o para resolver los conflictos suscitados por la aplicación de uno u otro) o el criterio legislativo.
- b) El Poder Legislativo es competente para regular el Derecho Civil o común según el texto constitucional (art. 75, inc.12, CN). Es decir, el propio Convencional se refiere al Derecho Común.

Así, por ejemplo, el capítulo de la responsabilidad del Estado comprende al derecho de propiedad y las relaciones entre acreedores y deudores (obligación de reparar entre el Estado y los terceros damnificados) y estos temas son propios del Derecho Común y no de un Derecho Especial. En igual sentido y a título de ejemplo, la regulación del dominio público versa sobre el derecho de propiedad y, por tanto, es Derecho Común.

- c) El Poder Legislativo es competente para legislar en forma uniforme las cuestiones comunes a todas las ramas del derecho, más allá de los términos del inciso 12, art. 75, Constitución Nacional, en razón de los arts. 12, 18 y 19, Constitución Nacional. Es decir, el Derecho es común respecto del Derecho Privado y Público. En tal sentido, por ejemplo, los dos Títulos Preliminares del Código Civil son de Derecho Común y no solo del Derecho Civil.
- d) El carácter integral del sistema jurídico. Éste nace de los arts. 15 y 16 del Código Civil vigente. La Corte ha dicho que, por ejemplo, el art. 16, Cód. Civil, “excede los límites del ámbito del derecho privado y se proyecta como un principio general, vigente en todo el orden jurídico interno” (Fallos 330:5306).

³² “Esta influencia heredada de lo procesal sobre lo materia es la que, aplicada con corsé al sistema judicialista argentino, ha permitido a la doctrina y la jurisprudencia dominante justificar los viejos dogmas del caso Blanco, manteniendo aun hoy que la responsabilidad del Estado no está regida por el derecho civil cuando éste actúa en función administrativa, hecho que, a final de cuentas, termina negando su carácter general y absoluto”. CUADROS, Oscar, “¿Pueden las Provincias legislar en materia de responsabilidad patrimonial del Estado? - A propósito de la aparente falta de regulación de tal materia en el proyecto de código unificado Civil y Comercial”, DJ 13/02/2013.

- e) El respeto por la seguridad jurídica. Si se admitiese que cada Provincia pudiese regular, según su propio criterio y sin bases comunes, cuestiones sustanciales del Derecho —incluso del Derecho Administrativo—, se crearía mayor inseguridad jurídica sobre las normas a aplicar y las posibles soluciones ante casos concretos.
- f) El respeto por el principio de igualdad. El Derecho Común impide que cada Provincia regule cuestiones sustanciales de modo singular, evitándose así desigualdades entre los habitantes de las distintas jurisdicciones de nuestro país.
- g) El Estado Federal es responsable ante organismos internacionales por las legislaciones provinciales irregulares o defectuosas (sea por acción u omisión). Por eso, el art. 75, inc. 22, Constitución Nacional, sobre los tratados internacionales reconoce al Estado federal —en términos implícitos— el poder de regular el Derecho Común de modo uniforme en todo el territorio dado que —más allá de los incumplimientos provinciales— aquél es el que debe responder internacionalmente.
- h) La posible violación de las legislaciones provinciales de principios constitucionales básicos. Es posible que el legislador provincial sancione leyes inconstitucionales. Por ejemplo, si una ley local restringiese indebidamente el sentido o alcance de la responsabilidad del Estado local.
- i) El criterio de la Corte. La Corte sostuvo que “la regulación de los aspectos sustanciales de las relaciones entre acreedores y deudores corresponde a la legislación nacional, por lo que no cabe a las provincias ni a los municipios dictar leyes incompatibles con lo que los códigos de fondo establecen al respecto, ya que, al haber atribuido a la Nación la facultad de dictarlos, han debido admitir la prevalencia de las leyes del Congreso y la necesaria limitación de no dictar normas que las contradigan”; corresponde por tanto su regulación al Código Civil (Voto del Juez Petracchi en la causa “Cena, Juan M. C/ Provincia de Santa Fe s/Daños y Perjuicios”). Ver en igual sentido, el criterio mayoritario del Tribunal en los casos “Filcrosa”, “Municipalidad de Resistencia”, “Arcos Dorados” y “Bottini”, entre otros.

También dijo este Tribunal que las legislaciones provinciales que reglamentaron la prescripción en forma contraria a lo dispuesto en el Código Civil son inválidas, pues las Provincias carecen de facultades para establecer normas que importen apartarse de la aludida legislación de fondo, incluso cuando se trate de regulaciones concernientes a materias de derecho público local (Fallos: 175:F. 194. XXXIV. 300; 176:115; 193:157; 203:274; 284:319; 285:209 y 320:1344).

En igual sentido, se expidió el Tribunal en el caso “Las Mañanitas S.A.” en donde sostuvo que “si bien es indiscutible que los estados provinciales han conservado las

facultades atinentes a la determinación de los fines de interés público que justifican la sanción de sus leyes (arts. 121, 122 y 124 de la Constitución Nacional), y que las restricciones que se imponen al dominio privado solo sobre la base de ese interés general son regidas por el derecho administrativo (art. 2611 del Código Civil), también lo es que las provincias, bajo la invocación del ejercicio de esas facultades, no pueden alterar la esencia de los institutos regulados por los códigos de fondo estableciendo exigencias que los desnaturalizan”. Y, luego, agregó que “el derecho de propiedad, no es un instituto propio del derecho público local, sino un derecho tan general que ha justificado su regulación desde la Nación mediante la atribución que al efecto le fue conferida al legislador nacional por medio del art. 75, inciso 12, de la Constitución Nacional.” Finalmente, concluyó que “al haber atribuido a la Nación la facultad de dictar el Código Civil, los estados locales han admitido la prevalencia de las leyes del Congreso y la necesaria limitación de no dictar normas que las contradigan”.³³

4.5 Los obstáculos en la construcción de un Derecho Único

La construcción de un Derecho Único es evidentemente simple, sin embargo cuando pensamos en este derecho (único o común) como base del sistema y luego —desde allí— edificamos subsistemas (público/privado) entonces el nivel de complejidad es alto. Ya hemos advertido sobre las dificultades existentes en el trabajo de distinguir entre el Derecho Privado y el Público. Pues bien, aquí el obstáculo es mayor. En efecto, tales dificultades son quizás superlativas cuando ciertos temas son propios del Derecho Común (base del sistema) o del Derecho Administrativo (subsistema), según el aspecto puntual a regular.

Demos un ejemplo. La regulación de los tributos locales es claramente de Derecho Administrativo y Tributario y, por tanto, es propia de los Estados locales. Sin embargo, la regulación del plazo de prescripción respecto de las acciones en que el Estado persigue el cobro de los tributos es, según el criterio de la Corte, de Derecho Civil (común). El planteo es novedoso y por ello creemos conveniente profundizar más en el análisis de este criterio judicial antes mencionado.

Así, en el precedente “Filcrosa” la Corte, criterio luego repetido en el caso “Municipalidad de Resistencia c/ Lubricomo” y “Bottini”, sostuvo que la regulación del plazo de prescripción de las acciones del Derecho Público es propio del Derecho Civil.

³³ Ver también el caso “Ledema Sociedad Anónima, Agrícola e Industrial c. Estado Provincial”, de fecha 24/04/1986. Dijo allí la Corte que “lo resuelto por el a quo acerca de la inteligencia que cabe asignar a los arts. 2340, inc. 3, 2350 y 2637 del Código Civil, remite al examen de cuestiones de derecho común irrisibles en la instancia extraordinaria, no obstante la tacha de arbitrariedad invocada, ya que la sentencia expone argumentos suficientes de esa naturaleza que, no obstante ser opinable la interpretación realizada, bastan para sustentarla e impiden su descalificación como acto judicial.”

¿Cómo argumentó el tribunal? Veamos: (a) corresponde a la Nación regular los aspectos sustanciales entre acreedores y deudores (obligaciones); (b) a su vez, uno de los aspectos de las obligaciones es la prescripción, sin perjuicio de que el derecho tributario sea local; (c) la prescripción no es un instituto del derecho público local sino un instituto general del derecho; (d) es más, la prescripción se vincula con el derecho de propiedad, cuya regulación fue delegada en el Estado Federal; (e) por tanto, en materia de prescripción debe seguirse el mismo camino que sobre el modo de extinción de las obligaciones, incluso en materias no delegadas; (f) finalmente, dijo el Tribunal, esta interpretación contribuye a la seguridad jurídica y —además— no guarda relación con la autonomía de los Estados locales.

Si se siguiese por el camino indicado por la Corte, entonces, los plazos de prescripción de las acciones en el marco de las leyes provinciales sobre expropiaciones serían inconstitucionales debiendo remitirnos lisa y llanamente al Código Civil. No olvidemos que en el contexto de las expropiaciones discutimos el derecho de propiedad, las obligaciones y el modo de extinción de éstas. ¿Acaso es razonable este criterio?

Si bien es cierto que este criterio judicial permite construir un modelo de Derecho Único —en el sentido de que existe un Derecho Común al Derecho Civil y Administrativo—, también es verdad que nos permite reflexionar sobre cuál es el límite entre el Derecho Civil y el Administrativo.

Pues bien, el modelo del Derecho Único tiene dos déficit que creemos insalvables; uno es metodológico, y el otro sustancial. El aspecto metodológico crítico es que no define, ni siquiera de modo indiciario, cuál es el límite material del Derecho Común. Por caso ¿cualquier cuestión que se vincule con el derecho de propiedad debe ser regulada por el Derecho Común y, consecuentemente, excluida del Derecho Administrativo? Es más, en este escenario impreciso y resbaladizo es posible que el Derecho Común vacíe de contenido al Derecho Administrativo. El inconveniente metodológico es, por tanto, que el modelo del Derecho Único no establece ningún criterio o directriz con el propósito de limitar el campo expansivo del Derecho Común.

El otro lado inconsistente (sustancial) es el vaciamiento del fundamento del Derecho Administrativo, es decir, el interés colectivo. Luego volveremos sobre este aspecto.

5 Las doctrinas del Doble Derecho o el Derecho Único a partir del paradigma clásico del Derecho Administrativo

Los fundamentos expuestos en los apartados anteriores sobre el Doble Derecho o el Derecho Único (bases comunes) y sus obstáculos sustanciales y metodológicos,

en especial desde las perspectivas del paradigma clásico de nuestro conocimiento (poder vs. derechos), nos permite concluir —quizás— en el sinsentido de ese debate porque es posible salvar las dificultades si retomamos la senda del Derecho Único (en sus bases y desarrollo).

Entonces, cabe preguntarse nuevamente y en este estado de nuestro razonamiento si la distinción entre Derecho Privado/Público es una cuestión lógico-jurídica o simplemente de contenido histórico.

Hemos dicho que —entre nosotros— el Derecho Administrativo se explica a través del criterio de distribución del poder regulatorio entre varios territorios y el juez competente por su especialidad; y el reconocimiento —en términos de validez— de las cláusulas exorbitantes o transgresoras. También dijimos que el aspecto más relevante y que no es posible salvar en el contexto de un Derecho Único es el interés público o colectivo. Al fin y al cabo, la distribución territorial del poder regulatorio y la figura del juez especializado son simplemente herramientas instrumentales; es más, el carácter exorbitante de las cláusulas típicas del Derecho Administrativo es asimismo otro instrumento. En efecto, creemos que el reconocimiento normativo de privilegios —salvo que aceptemos las prerrogativas implícitas y no necesariamente derivadas de los poderes expresos— no justifica la creación de un Derecho Administrativo.

En este marco, el trasfondo que nos permite anclarnos razonablemente en el Doble Derecho es, insistimos, el interés público pues los otros fundamentos se han desvanecido. Sin embargo, hemos de advertir que el interés público (poder vs derechos) está presente en el Derecho Privado y no sólo en el Derecho Público.

6 El nuevo paradigma del Derecho Administrativo. Los avances inconclusos y la necesidad de su reformulación

Hemos dicho ya hace muchos años que la idea de poder vs derechos debe readecuarse en el marco del Derecho Administrativo actual (Estado Social y Democrático de Derecho) en los siguientes términos: derechos vs derechos. Ciertamente es que Derecho Administrativo, como ya adelantamos, se construyó desde los siguientes pilares. Por un lado, el poder y sus límites y, por el otro, los derechos individuales.³⁴

¿Cuál es la distinción conceptual entre poder y derechos? El aspecto sustancial es que los derechos son inalienables mientras que el poder estatal nace de un acuerdo entre partes (el contrato social) y, por tanto, puede ser ensanchado o limitado. Sus límites y justificación —claro— son los derechos fundamentales. Ciertamente es también que las potestades incluyen derechos del Estado, pero éstos son de contenido claramente económico y por tanto renunciables.

³⁴ BALBIN, Carlos, "Curso de Derecho Administrativo", Bs. As., La Ley, 1998, p. 199 y siguientes.

El sentido de nuestro conocimiento en sus construcciones clásicas es, entonces, el equilibrio entre: 1) el poder, y particularmente sus prerrogativas en uno de sus extremos y 2) los derechos de las personas en el otro. Este es el paradigma histórico del Derecho Administrativo. Sin embargo este esquema no nos permite resolver los problemas actuales y, consecuentemente, nace un período de incertidumbre, crisis y conflicto en el marco de nuestro conocimiento. A su vez, creemos que el conflicto es aún mayor cuando contraponemos el edificio dogmático del Derecho Administrativo frente al nuevo texto constitucional y —a su vez— analizamos las relaciones entre Sociedad y Estado.

Por un lado, no es posible pensar y construir el Derecho Administrativo desde el campo de los derechos individuales sino que es necesario redefinir ese pilar en términos de derechos sociales y colectivos (reconocimiento y exigibilidad) y, consecuentemente, repensar las reglas e institutos de nuestro conocimiento desde este nuevo enfoque.

¿Cómo incide ello en el desarrollo de nuestra especialidad? Por ejemplo, cuando analizamos el procedimiento administrativo o el proceso judicial contencioso administrativo no es igual hacerlo desde el escaparate de los derechos individuales o, en su caso, incorporando los derechos sociales o los nuevos derechos en el marco de estudio (por ejemplo, la composición del interés público a través del proceso judicial). Pensemos en otros temas centrales, tales como la responsabilidad estatal en términos de solidaridad social; el poder de regulación y ordenación del Estado como expansión de derechos; o el régimen de los servicios públicos y las actividades de fomento como prestaciones estatales de contenido positivo.

Sin embargo, el conflicto es mucho más profundo porque es necesario no sólo repensar el concepto de los derechos sino también el poder en sí mismo y, como consecuencia de ello, su fundamento, prerrogativas y límites. Igualmente profundo y complejo es el modo de resolución del conflicto porque, como ya dijimos, no es simplemente un intento de redefinir el límite del poder y el contenido de los derechos que, por sí solo, es un desafío enorme sino de repensar el otro paradigma básico del Derecho Administrativo, esto es, el interés público (es decir, la justificación del poder).

Nos encontramos entonces ante varias piezas de un rompecabezas que es necesario rearmar. Esas piezas son: a) el poder y su justificación, es decir, el interés público, b) sus prerrogativas y límites, c) los derechos de las personas (derechos individuales, sociales y colectivos) y d) el equilibrio entre el poder y los derechos.

Hemos dicho que es necesario repensar los límites del poder, así por caso redefinimos el principio de legalidad y, particularmente, el de división de poderes en nuestros días. Por el otro, incorporamos en el concepto de derechos, los derechos sociales, los nuevos derechos y —además— su exigibilidad. Pero aún

así, es necesario también repensar el porqué del poder, es decir, su justificación (el contenido del interés público). Este concepto debe ser redefinido necesariamente en términos de derechos.

De modo que el paradigma no es el equilibrio entre poderes y derechos como se planteó tiempo atrás. En efecto, el paradigma ya no es el conflicto entre poder vs derechos sino derechos vs derechos y, en ese marco, claro, el campo propio del Derecho Administrativo, es decir, el estudio de la intermediación estatal.

Por ejemplo, los fundamentos del Derecho Civil son los límites de las libertades y los derechos individuales en función del interés de los otros individuos y, en parte, el interés público. Por su lado, el Derecho Penal está apoyado en el respeto y protección de los derechos individuales ante el poder punitivo estatal. Pues bien, qué ocurre con el Derecho Administrativo. El fundamento de éste es el reconocimiento activo de derechos (individuales, sociales y colectivos) y, en tal sentido, debe explicarse el poder del Estado y sus reglas especiales.

Es claro que el Derecho Administrativo partió de un concepto de Estado mínimo. Así, categorías dogmáticas tales como los actos administrativos, los derechos individuales —básicamente la libertad y la propiedad— y la idea del administrado reflejan claramente ese criterio. Por el contrario, el Estado Social y Democrático exige completarlos y —quizás— reemplazarlos por otros, tales como los reglamentos y los convenios, los derechos sociales, los procedimientos participativos y las personas activas (y no simplemente administrados).

La aceptación del nuevo paradigma, es decir, derechos vs derechos supone repensar los principios, reglas e institutos propios del Derecho Administrativo según este modelo. Es decir, el paradigma es, entonces, el equilibrio del poder entendido como el conjunto de prerrogativas que persiguen el reconocimiento de derechos, por tanto, el concepto es derechos versus otros derechos. Ese equilibrio entre derechos con intermediación del poder estatal es el núcleo, entonces, del Derecho Administrativo actual.

El Derecho Administrativo no debe pues analizarse desde el poder y sus prerrogativas sino desde los derechos fundamentales y estos últimos no sólo como límites de aquél sino como justificación del propio poder. Cierto es que el objeto de nuestro conocimiento es el poder, más particularmente el ejercicio de ese poder por el Poder Ejecutivo y sus consecuentes límites, esto es, las funciones estatales administrativas (teoría de las funciones). Sin embargo, es posible analizar ese objeto desde sí mismo (poder) o desde sus fundamentos (reconocimiento de derechos).³⁵

³⁵ "El Derecho Administrativo ha de satisfacer una doble finalidad: la ordenación, disciplina y limitación del poder, al tiempo que la eficacia y efectividad de la acción administrativa. Ello obliga, entre otras consecuencias, no sólo a utilizar el canon de la prohibición de exceso (principio de proporcionalidad), sino también el de la prohibición de defecto." SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, ob. cit., p. 26.

Conviene advertir que detrás del poder se ubican los derechos en términos inmediatos o muchas otras veces mediatos y menos visibles. Es decir, en el paradigma de poder vs derechos, estos últimos se traducen en derechos inmediatos; mientras que en el nuevo paradigma de derechos vs derechos, no siempre es posible visualizarlos de modo claro e inmediato al reemplazar derechos por poder. Insistimos, detrás del poder están ubicados los derechos menos inmediatos y, por tanto, menos visibles.

¿Es acaso relevante este nuevo enfoque? Creemos que sí porque el poder, digamos las funciones estatales administrativas y especialmente sus privilegios y prerrogativas deben analizarse e interpretarse desde ese postulado. En otras palabras, ya no es posible estudiar las funciones estatales administrativas prescindiendo de los derechos fundamentales.

A su vez, el paradigma de derechos vs derechos comprende no solo el conflicto entre las personas con intervención estatal, sino también el conflicto entre las personas, el Estado y las corporaciones (derechos vs derechos vs corporaciones). Recordemos que el paradigma clásico fue simplemente: poder estatal vs derechos.

Sin embargo, y sin perjuicio de lo dicho anteriormente, es plausible caer en el error de interpretar el paradigma así: menos poder y más derechos. En tal caso, el cambio no es esencial sino superficial. El Estado Social de Derecho nos exige repensar el poder estatal, apoderarlo de derechos, y no simplemente recortarlo.

Cabe sí agregar que ese conflicto entre derechos (derechos vs derechos) con intermediación estatal debe rellenarse con otra idea, esto es, la teoría de la justicia. Es necesario contestar el siguiente interrogante: ¿Cómo debe intermediar el Estado? ¿Qué directrices debe utilizar el Estado con el objeto de resolver el conflicto? El Derecho Administrativo exige que el Estado intermedie entre derechos pero no sólo en términos de igualdad (postulado propio del Derecho Privado), sino básicamente de conformidad con los postulados de la justicia igualitaria.

Cabe recordar que el pilar básico del liberalismo conservador es el respeto por los derechos negativos —esto es la vida, la libertad y la propiedad— y, consecuentemente, el Estado debe ser mínimo. ¿Por qué? Porque el Estado no mínimo, es decir más expansivo, necesariamente desconoce derechos.³⁶ Por su parte, el liberalismo igualitario propone derechos positivos y, por tanto, un Estado presente de modo que se garantice no sólo la libertad sino la igualdad entre las personas.³⁷

³⁶ R. Nozick es uno de los principales exponentes de este pensamiento en su obra *Anarquía, Estado y Utopía* de 1974.

³⁷ J. Rawls (*Teoría de la Justicia* —1971— y *Liberalismo político* —1993—). “Con la finalidad de determinar equitativamente los términos de la cooperación aludida, el autor introduce algunas de las ideas características. Entre ellas la de posición originaria. Esto es, una situación en la que las personas libres e iguales no cuentan con ventajas unas respecto de las otras, ni con mayor poder de negociación y en la que las amenazas, el fraude o el engaño quedan excluidos. A ello se suma otro requisito, que Rawls llama “velo de ignorancia”, según el cual, los derechos y obligaciones deben ser atribuidos a los distintos roles sociales, tal y como si las personas ignoraran cuál de los roles en juego les corresponderá ocupar personalmente.” CARCOVA, Carlos, *Las Teorías jurídicas post positivistas*, Abeledo Perrot, 2009, p 244. SAID, José Luis, *Responsabilidad del Estado y Justicia distributiva*. XXXIV Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo, RAP.

Quizás es posible agregar dos ideas más. Por un lado, los talentos y capacidades no son propios y por ello nadie puede apropiarse de sus frutos. Por el otro, las desigualdades económicas sólo se justifican si favorecen a los más desfavorecidos.³⁸

J. Rawls, entre los autores liberales igualitarios, destaca que existe un contrato hipotético y que los bienes primarios de carácter social —bienes materiales, oportunidades— son aquellos que deben distribuirse en términos igualitarios. Por su parte, los bienes naturales —talentos y capacidades— no deben ser redistribuidos, sin perjuicio del desapoderamiento de sus frutos porque nadie puede ser favorecido o perjudicado por hechos que sean moralmente irrelevantes. Téngase presente que el Estado debe garantizar la igualdad entre las personas y sólo es posible si se distribuyen de modo igualitario los bienes primarios. Sin embargo este escenario de igualdad no es absoluto sino relativo porque el reparto desigual es válido con la condición de que favorezca a los más desfavorecidos en sus situaciones originarias. Por ejemplo, los más capaces pueden obtener más beneficios siempre que utilicen tales capacidades a favor de las personas más desfavorecidas. R. Dworkin luego va a incorporar entre los bienes o recursos primarios a aquellos de contenido natural. En síntesis, el Estado debe asegurar que las personas decidan libremente y sin condicionamientos sobre su propio proyecto existencial, más allá de las circunstancias externas.³⁹

Quizás la distinción central entre estas corrientes de opinión es el reconocimiento o rechazo frente a los derechos positivos y el papel del Estado. En este punto de nuestro razonamiento se advierte claramente cómo influyen estas Teorías en el contenido y alcance de las bases y desarrollo dogmático del Derecho Administrativo.

Por eso, en términos de justicia igualitaria es preciso que el Estado intermedie (y particularmente desarrolle y aplique el Derecho Administrativo como instrumento central) con el objetivo básico de recomponer las desigualdades estructurales. Por eso, el Derecho Administrativo debe ser definido como el subsistema jurídico que regula la resolución de los conflictos entre derechos (derechos vs. derechos)

³⁸ Este postulado es criticado por R. Nozick quien justifica la distribución de bienes y las desigualdades consecuentes siempre que estén apoyadas en el consentimiento de las personas. Éste es el núcleo de la validez de la distribución de las riquezas en el marco del capitalismo, es decir la apropiación legítima y el consentimiento. Asimismo "Nozick reconoce la posibilidad de que algunas transferencias o apropiaciones se hayan realizado de modo inadecuado, y admite que tales situaciones requieren de reparación, si es que se trata de presentar una teoría de la justicia coherente. El principio de rectificación es el que exige reparaciones en cuanto a posibles injusticias cometidas a través de previas adquisiciones y transferencias... El principio de rectificación, entonces, aparece destinado a borrar aquellos rastros de posibles injusticias...", GARGARELLA, Roberto, *Las teorías de la justicia después de Rawls. Un breve manual de filosofía política*, Ed. Paidós, p. 66.

³⁹ Así "tanto los liberales más igualitarios como los más conservadores coinciden en una primera aproximación a este punto: ambos grupos reconocen como obvia la existencia de esta lotería de la naturaleza —estos azares que provocan que las vidas de algunos sean mucho más afortunadas que las de otros—. Ellos disienten, en cambio, a la hora de considerar el modo en que una sociedad justa debe responder ante tales circunstancias. Para los libertarios, no corresponde que la sociedad intervenga para intentar remediar o suprimir circunstancias como las mencionadas". GARGARELLA, Roberto, *ob. cit.*, p. 41.

con intervención del Poder Ejecutivo —reconociéndole prerrogativas en su aplicación— y recomponiendo las desigualdades preexistentes entre los titulares de aquéllos. Ciertamente el poder no desaparece (Poder Ejecutivo y prerrogativas), pero debe encastrarse con las otras piezas antes mencionadas y —además— en términos complementarios.

Pues bien, ¿cómo entender este criterio abstracto en el marco de los ejemplos clásicos de nuestro Derecho? Pensemos el siguiente caso: Un jubilado reclama ante el Estado la actualización de sus haberes. Aquí el conflicto es entre el poder estatal por un lado, y el derecho o interés del jubilado a percibir aquello que es justo por el otro. Parece entonces más razonable reconducir este conflicto bajo el modelo del paradigma clásico (poder vs derechos). ¿Cómo advertir aquí, entonces, el supuesto conflicto entre derechos?

En primer lugar, es necesario señalar que el Derecho Administrativo —igual que cualquier otro subsistema jurídico- no consiste simplemente en la aplicación de las reglas y principios (en el caso, las normas previsionales) sino también el ejercicio del poder regulatorio y, luego, su aplicación conforme las reglas hermenéuticas. Por tanto, el legislador cuando regule sobre Derecho Administrativo debe hacerlo en los términos de derechos vs derechos. En otras palabras, es necesario distinguir entre dos planos, a saber: a) el nivel regulatorio (creación de los principios y reglas del Derecho Administrativo) y b) el nivel de aplicación de ese bloque normativo (trátase de la aplicación por el Poder Ejecutivo o, en su caso, por el juez contencioso).

En segundo lugar, debe señalarse que el Poder Ejecutivo (y, en su caso, eventualmente, el juez contencioso) cuando interpreten y luego apliquen las normas del Derecho Administrativo deben hacerlo, y según —claro— las circunstancias del caso, ponderando derechos. Si el conflicto entre derechos no es palmario (es decir, claro o visible), pues entonces el Poder Ejecutivo o el juez deben aplicar la regla preexistente que ciertamente se presupone que ya resolvió ese conflicto y en términos igualitarios, de allí su presunción de validez.

7 El fortalecimiento de la idea del Doble Derecho a partir del nuevo paradigma. La incidencia del nuevo paradigma en la construcción del Derecho Administrativo

Tras definir el nuevo paradigma nos preguntamos si es posible encauzar este Derecho Administrativo en el esquema del Derecho Único. En otros términos: ¿es posible alcanzar el ideal de una justicia igualitaria con un Derecho Único? Quizás, sí; pero —sin dudas— es más complejo y trabajoso. Ocurre que el Derecho Público, y Administrativo en particular, debe recomponer las desigualdades preexistentes, en tanto en el contexto del Derecho Privado no es así, salvo casos excepcionales.

Es decir, el Doble Derecho satisface con mayor plenitud el reconocimiento de derechos en condiciones igualitarias, sin perjuicio de que en cualquier caso, los derechos siempre deben respetarse en su contenido esencial (umbrales mínimos).

Ciertamente es fácil advertir las dificultades prácticas de trasladar este esquema teórico y abstracto al plano de las regulaciones y prácticas específicas de nuestro conocimiento jurídico. Sin embargo, coincidimos en que el Derecho debe ser un conocimiento útil y, por ello, es necesario construir un canal de diálogo permanente entre la dogmática del Derecho Administrativo y las prácticas de la Administración.

Hemos mencionado antes el impacto del nuevo paradigma. Veamos en este estadio de nuestro razonamiento casos más puntuales y con mayor detenimiento. Así, por ejemplo, es conveniente estudiar las decisiones estatales desde el concepto dogmático de las situaciones jurídicas y no simplemente desde sus formas (por ejemplo, el acto administrativo). A su vez, entre ley y reglamento es posible ubicar la categoría jurídica de los planes y entre reglamento y acto las técnicas de consenso y —a su vez— el uso de otras figuras (por ejemplo, el convenio). Cabe recordar que ciertos planes asistenciales se llevan adelante por convenios que se suscriben de común acuerdo entre el Estado y el beneficiario y no por actos administrativos de adjudicación del beneficio.

Otro ejemplo: el principio de reserva de ley debe ser matizado por los conceptos de reserva de norma jurídica y el de precisión de los mandatos. Así, es posible construir escenarios dogmáticos con principios prevalentes sobre otros. Así, por caso, en ciertas materias a regular, el principio de reserva legal prevalece sobre los demás (es el caso de los tributos) y, a su vez, en otras materias el postulado de proporcionalidad prevalece sobre el de reserva legal (subsidios).

Otro caso: tratándose de decisiones estatales sobre derechos sociales, el principio de irrevocabilidad de los actos favorables debe ser más estricto para evitar así ciertos abusos del Estado lesivos de derechos (clientelismo).

En igual sentido: la estructura del procedimiento es bilateral y no multilateral; sin embargo, el procedimiento no debe ser visto simplemente como un instrumento de protección de intereses individuales (como paso previo a las vías judiciales),⁴⁰ sino básicamente de composición y definición de intereses grupales y de tracto sucesivo (intereses colectivos coincidentes, complementarios o contradictorios). Es decir, el procedimiento debe ser además complejo (composición de intereses múltiples), secuencial (procedimientos interrelacionados y flexibles) y abierto (participación de las personas).

Asimismo, el Derecho Administrativo estudia la organización del Estado como una estructura burocrática y formal cuando en verdad debe analizarse como un

⁴⁰ BALBÍN, Carlos, "Tratado...", cit., t. III, p. 468 y siguientes. HUTCHINSON, Tomás, "Régimen de Procedimientos administrativos. Ley 19.549", 4ª ed., Bs. As., Astrea, 1998, p. 31 y siguientes.

instrumento de reconocimiento de derechos, ordenación de intereses y cooperación entre el Estado y la sociedad.⁴¹

8 Conclusiones

El Derecho Administrativo, en el marco que proponemos, no solo persigue impulsar o evitar las conductas estatales, reparar daños, o distribuir los riesgos sociales, sino también redistribuir los bienes primarios. Dicho más claro, la teoría dogmática del Derecho Administrativo debe coadyuvar a recrear condiciones más igualitarias y con mayor razón en sociedades con sectores estructuralmente excluidos.

Es decir, el Derecho Administrativo, en el marco del Estado Social y Democrático de Derecho, debe ser pensado como un derecho de inclusión y no solo como un derecho de prevención y eventualmente reparación de los abusos o arbitrariedades estatales.⁴²

A su vez, creemos que el Doble Derecho satisface con mayor plenitud el reconocimiento de derechos en condiciones igualitarias porque el Derecho Privado persigue la recomposición de las desigualdades simplemente individuales y no las otras plurales y estructurales.

Es necesario, por tanto, cambiar el paradigma, pero sobre todo el modo de pensar y construir el Derecho Administrativo.

An Administrative Law for Social Inclusion

Abstract: The Administrative Law, under the Social and Democratic State, should be thought of as a law of inclusion, not only as a law to prevent and eventually redress abuses or state arbitrariness. The Double

⁴¹ Por ejemplo, es posible analizar el proyecto de ley sobre regulación de la responsabilidad estatal bajo el nuevo paradigma propuesto. En tal sentido, cabe afirmar que ciertas cláusulas del proyecto contradicen el nuevo paradigma propuesto. Por un lado, la disposición que excluye la responsabilidad del Estado por los daños causados por los concesionarios de servicios públicos. “El Estado no debe responder, ni aún en forma subsidiaria, por los perjuicios ocasionados por los concesionarios o contratistas de los servicios públicos a los cuales se les atribuya o encomiende un cometido estatal, cuando la acción u omisión sea imputable a la función encomendada”. Por el otro, el artículo según el cual el Estado solo responde por sus omisiones cuando éstas estén definidas de modo preciso y determinado por las reglas jurídicas (“la omisión solo genera responsabilidad cuando se verifica la inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado.” Estos preceptos están pensados desde el paradigma de poder vs derechos y no desde los derechos y, menos —claro— desde los derechos de los sectores más desfavorecidos. Es obvio que las víctimas de los daños causados por los concesionarios de los servicios públicos —particularmente de pasajeros— y por el incumplimiento de los deberes estatales genéricos (por ejemplo, la inseguridad) son los grupos socialmente más vulnerables. Otras veces el debate pareciera centrarse en el alcance de la reparación; así, si la responsabilidad del Estado se rige por los principios y reglas del Derecho Privado el alcance es amplio; por el contrario, si nos guiamos por el Derecho Público su extensión es más limitada. En tal contexto, el cuadro argumentativo dice así: la responsabilidad estatal es derecho civil y, por tanto, debe repararse el daño más el lucro. A su vez: si la responsabilidad estatal es de derecho administrativo, entonces, solo cabe reparar el daño. Al fin y al cabo, las dos interpretaciones se apoyan en el paradigma de poder vs derechos. En un caso: más poder y menos derecho y, en el otro: menos poder y más derecho (propiedad).

⁴² Cabe recordar que, por ejemplo, muchas leyes del Derecho Administrativo, entendido como el instrumento de ejecución de las políticas públicas por el Estado fueron dictadas no bajo el Estado de Derecho sino lisa y llanamente por gobiernos no democráticos. Piénsese, por ejemplo, la ley de procedimientos administrativos o de expropiaciones vigentes, entre otras.

Law satisfies better the recognition of rights under equal conditions, because Private Law pursues only the restructuring of individual inequalities and not the other (plural and structural). It is necessary, therefore, to change the paradigm, but especially the forms of thinking and building the Administrative Law.

Key words: Administrative Law. Social inclusion. Paradigm change.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

BALBÍN, Carlos F. Un Derecho Administrativo para la inclusión social. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 14, n. 58, p. 33-59, out./dez. 2014.

Recebido em: 23.02.2014

Aprovado em: 15.10.2014